12.

Pri con



12

POR

Iuan de Vega Blasquez, como marido y conjunta perſona de daña Ana Freyle, vezinos de la villa de Marchena.
En el pleyto

CON

El Conuento de ſeñor S. Aguſtin de la dicha villa: ſe ſuplica a V.m. paſſe los ojos por eſte papel.



Impreſſo en Granada, en la Imprenta de la Real Chancilleria, por Frãciſco Heylan. Año de 1625.

Primero presupuesto.



Resuponese en el hecho, que en diez y siete de Mayo de mil y quinientos y ochenta y siete, Maria Gonçalez vezina de la dicha villa, por escritura publica hizo relacion, diziẽdo, que auia prometido en dote a Maria Freyle su sobrina, quatro cahizadas de tierra en termino de aquella villa, las dos para quando tuuiesse efeto el casamiento con Martin de Vega, y las otras dos para despues de sus dias: y dize, que quiere otorgar dello escritura, como en efeto la otorgò, y en ella puso vna clausula del tenor siguiente.

Clausula.

Con tal declaracion os dono las vnas y las otras, que si lo que Dios no quiera, ni permita, fallecieredes sin dexar hijos de legitimo matrimonio, que las dichas quatro cahizadas de tierra bueluan, e las ayan y lleuen Christoual de Bejumea e Ana Freyle vuestros hermanos.

Y con estas y otras circunstancias fue esta donaciõ aceptada en forma por la donataria.

Segundo presupuesto.

EL Segundo presupuesto es, que por el año adelante de nouenta y seis, la misma

ma Maria Gonçalez haze su testamēto, y por el dexa por heredero vsufrutuario a Francisco Freyle de Bējumea su hermano: y despues de los dias del susodicho, manda que sucedā por iguales partes, Maria Freyle muger de Martin de Vega Galindo, y Ana Freyle muger de Iuan de Vega.

Tercero presupuesto.

EL Tercero presupuesto es, que en veinte y cinco de Setiembre del año passado de mil y seiscientos y veynte y tres, Maria Freyle donataria, otorgô su testamento, y en el pone vna clausula que dize asi.

Clausula.

ITen declaro, que tengo por bienes mios cinco cabizadas de tierra en Berdeja, termino desta villa, las quatro de las quales son vinculadas, en que sucede doña Ana Freyle mi hermana, muger de Juan de Vega Blasquez: y el otro es mio en propiedad y possession, como consta del testamento que hizo Francisco Freyle de Benjumea mi tio: y asi mesmo vn pedaço de oliuar de vna arançada junto a santa Olalla, linde con majuelo de Alonso de Vargas, y oliuar de las Medranas: y vnas casas en la calle de Pedro Garcia de Alcala, que yo compre de Fernando de Morales: y otros, de que se hizo escritura ante Gaspar de Torres: y el pedazo de oliuar me lo mandô Francisca de Benjumea

mea mi tia Sobre todos los quales dichos bienes impuſe dozientos y veinte y quatro ducados de tributo principal a Luis de Eſcobar Marmolejo, mando que de los dichos bienes ſe venda, e redima el dicho cenſo, para que queden libres las dichas quatro cahizadas de tierra que hipotequê a el, para que mi hermana las aya libres de toda carga, y aurá harto para eſto en el dicho cahiz de tierra.

Y por otra clauſula inſtituye por ſu heredero vniuerſal al Conuento de ſeñor ſan Aguſtin.

Conſiderados eſtos preſupueſtos, las partes ſe han mouido pleyto la vna a la otra, y la otra a la otra, pretendiendo la parte de Iuan de Vega Blaſquez, por ſu muger Ana Freyle, q̃ el vn cahiz de tierra de los cinco que Maria Freyle declarô en ſu teſtamento, fue a lo que ſe redujo la herencia de Maria Gonçalez, al tiempo que murio Franciſco Freyle presbitero ſu hermano; y que aſsi, deſte cahiz de tierra le pertenece la mitad a la dicha ſu muger con frutos. Y la parte del Conuento mueue tambien pleyto ſobre la mitad de los quatro cahizes de tierra de la donacion, diziẽdo que le pertenecen los dos dellos en cabeça de la dicha Maria Freyle; porque ſe le adquirieron reſpeto de que Chriſtoual de Benjumea, vno de los ſoſtitutos de la dicha Maria Freyle, murio quedando ella viua, y que aſsi ſe le adquirio ſu porcion, y no pudo paſſar a Ana Freyle. Dize tambien el Conuento, que el otro cahiz de tierra le pertenece enteramente, porq̃ Maria Freyle lo poſſeyô muchos años, y que diſpuſo

dispuso del como suyo, y que de derecho se presume, que huuo particion de los bienes de Maria Gonçalez, y que el cahiz de tierra le tocô en parte a Maria Freyle. La parte de Iuan de Vega, y Ana Freyle su muger alegã, en quanto a los quatro cahizes que le pertenecen enteramente: porque auiendo muerto Christoual de Benjumea en vida de Maria Freyle donataria, y muriendo ella despues sin hijos, ni descendientes, quedô vacante la porcion que de los quatro cahizes auia de tocar al dicho Christoual de Benjumea, y se le adquirio a Ana Freyle, sostituta y conjunta con el por derecho de acrecer: y en quanto al cahiz de tierra dize, que no quedô otra hazienda de la herencia de Maria Gonçalez; y que assi le pertenece a Ana Freyle la mitad, y sobre estos derechos, el Alcalde mayor de Marchena con vn acompañado, pronunciarõ sentencia, en que mandaron diuidir los dichos cahizes de la porcion vacante, y el otro cahiz de la herencia de Maria Gonçalez por mitad, entre el Conuento y Ana Freyle, con los frutos. Apelado por ambas partes ante los Iuezes del Duque de Arcos, confirman en quanto a la diuision de los dos cahizes, y reuocan en quanto al cahiz de la herencia de Maria Gonçalez, y mandan se le dê enteramente al Conuento. Traydo el pleyto en grado de apelacion a esta Corte, por Iuan de Vega Blasquez y su muger, dichos agrauios, y la parte del Conuento de bien sentenciado, se pronũciô sentencia de vista; por la qual, sin hazer mencion de la de los Iuezes del Duque, por

no tener instancia reuoca la del Ordinario, y se mandа, que de todos quatro cahizes de tierra de la donacion, se dé la possessíon a la parte de la dicha doña Ana Freyle y su marido, con los frutos desde la muerte de Maria Freyle; y que el cahiz de tierra de la herencia de Maria Gõçalez, se parta entre doña Ana Freyle y el Conuento, con que primero se redima vn censo de dozientos y veinte y ocho ducados, que doña Maria Freyle impuso, y lo mãdô redimir del valor del dicho cahiz de tierra. Desta sentencia està suplicado por ambas partes; y por la de doña Ana Freyle y su marido se pretende, que en lo fauorable se confirme; y que en quanto al mandar redimir el cẽso de la parte del cahiz de tierra que a doña Ana Freyle le toca, se aya de reuocar, y mãdar se le restituya con los frutos, desde la muerte de Frãcisco Freyle vsufrutuario, para lo qual se haze la alegacion siguiente.

Alegacion.

FActi specie ita considerata, lo que toca al derecho se reduze á tres puntos, que en el discurso deste papel se fundarã, por lo que hiziere a proposito de la justicia del dicho Iuan de Vega Blasquez y doña Ana Freyle su muger.

El primero es, ver si en el caso deste pleyto en fauor de la dicha doña Ana Freyle, pudiesse auer derecho de acrecer, y por este derecho pertenecerle enteramente los quatro cahizes de

de tierra, expressados en la donacion, que Maria Gonçalez hizo en fauor de Maria Freyle, cuyo derecho el Conuento representa.

El segundo es, ver, si respeto del cahiz de tierra de la herencia de Maria Gonçalez, por la presuncion de diuision en que el Conuento se funda, le pertenezca por entero, en cabeça de Maria Freyle, al Conuento; o si sea partible, como por la sentencia de vista se declara, entre el Conuento y doña Ana Freyle.

El tercero y vltimo pũto serâ, fundar, que la redencion del censo de dozientos y veinte y quatro ducados, no se pudo mandar hazer del valor de cahiz de tierra, a lo menos por la parte que tocare a doña Ana Freyle, que es su mitad.

Primero punto.

EN Quanto al primero punto del derecho de acrecer, viene a consistir la resolucion en apear algunas dificultades, q̃ si todas, y aũ qualquiera dellas, se huuiera de poner en disputa, era necessario gastar muchas colunas en escriuirlas: y assi, por escusar cansancio a V. m. solo se ponderarán las cosas sustanciales, con las remissiones mas fundamentales de textos y dotrinas de Doctores q̃ hizieren al proposito.

La primera dificultad es, ver y considerar, si en el caso desta donacion ay sostitució, y qual sea; y si de derecho en contratos se puede hazer tal sostitucion, quo ad primum considerada

rada la forma del llamamiento fecho de Christoual de Benjumea y Ana Freyle, a falta de hijos de Maria Freyle su hermana, conforme a la clausula del primero presupuesto, no se puede dudar de que sea sostitucion y fideicomissaria, quia grauamen restitutionis apponitur in defectu filiorum, vt ex l. vt hæredibus, & alijs iuribus, & Doctoribus aduertit, Anto. Peregrin. in tract. de fideicommis. art. 51. nu. 1. Y en quanto a lo segundo, en que bate la dificultad, el mesmo Peregrino en el propio lugar, y mucho antes en el articulo primero del propio tratado, la tocô plenissimamente, atque in d. art. 51. num. 2. inquit: Attamen etiã in collatis per contractum inter viuos, posse substitui de vno in alium, nedum per modũ vulgaris in casum voluntatis, aut in potẽtiæ, sed etiam per modum fideicommissariæ post habitationem primi iure decissum legitur in l. quoties, & in l. si rerum, C. de donat. quę sub mod. & in l. qui Romæ, §. Flauius, ff. de verb. obligat. & allegat Paul. de Cast. cons. 347. & cons. 383. lib. 1. & Tib. Decian. cons 31. num. 62. lib. 1. Y despues de otros muchos que puso en el articulo primero, añade vna decision de Otauiano Pedemontana 85. num. 6. y vn consejo de Sfortia. 39. en el num. 13. pone algunos exemplos en materia de feudos y de contratos enfiteoticos, aduirtiendo, que la razon de todo consiste en el brocardico comun, que cada vno en su disposicion puede hazer ley, y que vale la inducion de vltimis volũtatibus ad contractus, ex l. quę delegato, ff delegat. 1. & similibus. Mas porque en el articulo primero,

mero, num.15. y en otros antecedentes auia Peregrino dado a entender, que esta sostitucion fideicomissaria no se podia hazer cõ propiedad en los contratos: sale desta objecion doctissimamente en dos maneras. La primera es dezir, quod ad similitudinem fideicommissorum in contractibus subordinantur gradus, & successionis de vno in alium, vt legitur in cap.1.de natura succes.feud. & pluribus alijs capitulis ex quibus ad materiam fideicõmissorum, inquit, argumentatum fuisse Socin.in l.si cognatis, ff.de rebus dubijs. La otra es mas ajustada, aunque sea con rigor, al caso desta donacion, & inquit in articulo 1. nu. 16. pacto tamen fieri potest substitutio, vt res donata, vel aliter concessa, quos recipientis mortem, aut post aliud tempus in filios illius, aut in alios transeat, ex l.si verum, C.de donationibus quæ sub modo; y dize Peregrin. que es comun opinion, y alega a Bald.cons.246.in 2. volum. y a Paul.de Castr.cons.347. & 384. y a Ias.cons.8.num.33. y a Decio, cons.239. num.8. y dize, que de vno en otro de los sostitutos transit rerum dominium ipso iure, & vtilis reivendicatio competit, conforme lo aduierte Crauet.cons.19.num.9. Tiber.Decian.cons. 31.num.61.vol.1.& cons.55. vol 3. & Menoch. cons.85.num.30. Y añade mas, afirmando que esta sostitucion prodest etiam absenti nulla interueniente stipulatione, & in effectu concludit Peregrin.dicens, quod nulla est differentia, an restitutio faciẽda sit per pactum in contractu, an per fideicommissum in testamẽto, & quod summê notandum est: y ajustanse

C tanto

tanto estas dotrinas al caso desta donacion, q̃ despues de auer hecho la donante la sostitucion y llamamientos en fauor de Christoual de Benjumea, y Ana Freyle su hermana, ella como donataria in continenti hizo acetaciõ en forma, que està al pie de la misma donacion: de manera, que quando de derecho faltara el poderse suceder en los contratos por via de sostitucion, con la similitud que Peregrin. tiene ponderada, esta acetacion obró pacto expresso, para que la tal sostitucion pudiesse valer.

La segunda dificultad, y de las mas fuertes deste punto es, ver y considerar, ya que estamos en caso de sostitucion, si el derecho de acrecer que se dà inter institutos cõiunctos, dari posit necne inter substitutos, para ver si la porcion vacante, por morir Christoual de Benjumea vno de los sostitutos, adhuc viuẽte Maria Freyle donataria, & antequam conditio deficeret, si se deue acrecer a Ana Freyle, para que por entero lleue los quatro cahizes de tierra, como la sentencia de vista determina: para cuya justificacion, demas del fundamento que se puede tomar de la vulgar definicion, nempè quod substitutio appellatur secunda hæredis institutio, se aprieta mas, cõsiderando vna dotrina, que el mesmo Peregrino pondera dicto tractatu de fideicom. artic. 5. num. 35. vbi affirmat; quod sicut se habet institutio ad institutum sic se se habere debet substitutio ad substitutum, ex l in ratione, §. si filio, ff. ad l. falcid. per quem textum inquit sic argument. Bald. cons. 296. in 4. vol. & Ias.

cons.

conſ.72.vol.3.y aunque refiere algunos otros Doctores, que quiſieron en la ſoſtitucion fideicomiſſaria, quando facta fuit in re certa, vt non extendatur per ius accreſcendi ad vniuerſam hæreditatem; eſta objecion la elide, aduirtiendo, que la dotrina procede liſamente, quoties fideicommiſſum eſt de eadem re, de qua prius fuit facta inſtitutio, terminos que quadran bien al caſo deſta donaciõ, pues los meſmos quatro cahizes de tierra que ſe dexaron a la donataria, eſtân comprehẽdidos tambien en la ſoſtitucion: y aſsi, aunque la donante no huuiera guardado igualdad, como caſi lo dio a entender en la clauſula de la ſoſtitucion; y huuiera diſpueſto, que llegado el caſo de faltar la condicion, ſucediera Ana Freyle en el vn cahiz, o medio, o en menos cantidad de tierra, vacando la porcion de Chriſtoual de Benjumea, aunque fuera deſigual, ſucediera Ana Freyle en todos quatro cahizes enteramente.

El ſegundo fundamento ſe toma (ſeñor) de vna dotrina de Bald. que hablô mas claramẽte in l. ſed ſi plures, §. ad ſubſtitutos, nu. 3. vbi pro ſecundo notabili inquit, quod ita habet locum ius accreſcendi in ſubſtituto, ſicut in inſtituto, ſiue loquamur quando de ſe ipſo ad ſe ipſum accreſcat, iuxta text. in l. ſi ex fundo, ff. de hæred. inſtit. ſiue quando accreſcit de alio ad ſe, per textum optimum in l. cohęredi, §. fin. ff. de vulgar. & pupillar. ſubſtitut. Y por terminos mas euidentes, aunque ſon en materia de teſtamento, ajuſtados al hecho deſte pleyto, inquit Guid. Pap. deciſ. 335. *Quod ſi teſ*

tator

tator instituat Caium, & post eius morte substi tuat ei Titium, & Seium mortuo altero ex substitutis, viuente hærede alter substitutus habebit totam substitutionem, non autem accrescit hæredi, siue substituti sint coniuncti re, & verbis siue verbis tantum, quam doctrinam refert & sequitur Dominus Card. Tusch. practicar. conclus. iur. conclus. 564. num. 11. tom. 4. & num. 27. vbi pro corroboratione refert Ancharran. cons 440. in num. 12. Y con otro consejo del mesmo autor 385. estiende tanto esta dotrina, ipsemet Cardin. Tusch. vbi sup. num. 28. dicens: Quod si pater substituit filio duas filias si extiterint, & si non extiterint filias filiarum, mortuo testatore, deinde vna ex filiabus relicta filia, & sic nepte testatoris filia substituta succedet filio hæredi mortuo in totũ per ius accrescendi, non autem neptis ex filia prædeffuncta habebit portionem, donec stet filia primo instituta: y a la tacita objecion tan notable, que resulta de la ley vnica, §. pro 2. C. de caduc. tollend. nempê, que la sostitucion excluye el derecho de acrecer, como mas poderosa, responde doctissimamente, aduirtiendo, que se ha de entender si venit casus substitutionis, circunstancia que faltó en los terminos que quedan referidos. Y en la conclusion 569. en el num. 9. refiere otra dotrina de Bald. cons. 342. lib. 4. vbi inquit: Quod quando esset datus hæres, & dati duo substituti in euentũ mortis hæredis si viuente hærede moriatur vnus substitutus, tunc accrescit portio substituti altero substituto, non autem hæredi. Y en el num. 11. con otro consejo de Bald. 325. estiende

tiende

tiende tanto el Tusco la dotrina precedente; Asserens, quod quando substituti essent hærediTitij, & hęredis pro duabus tertijs, & Seius pro alia tertia, si moriatur ipse Titius relicta sorore hærede, an portio sua accrescat hęredi, vel substituto, vel sororis hæredi ipsius substituti; & inquit, quod soli substituto accrescit ius prædeffuncti substituti, quia dictio, hæredum, intelligi debet de descendentibus. Y en la conclusion 565. en el num. 19. con el consejo de Bartulo 53. y otros, viene a ampliar tanto esta dotrina, saltim in substitutis directè, y pone por exemplo; quando testator instituit fratrem hæredem vniuersalem, & post eius obitum voluit tres partes bonorum suorum esse Titij, Mæuij, & Semproni, nam si Titius & Mæuius præmoriantur, hæredi solus Sempronius, ex iure accrescendi habebit tres partes. Y en el num. 35. con otro consejo de Bartulo 112. tiene por tan cierto el derecho de acrecer entre sostitutos, affirmans; quod aliquo mortuo ante euentum substitutionis accrescit portio illius cæteris substitutis. Y en tanto grado lo estiende el mesmo Tusco en el nu. 36. que dize; que si algunos hijos del sostituto difunto se entrassen en la possession de la porcion que por muerte de su padre vacô, por ser en perjuyzio de los demas sostitutos, se darâ en los hijos mala fê, y tendran obligaciõ de restituyr a los sostitutos viuos, los bienes de la tal porcion vacante, de tal manera, que no los podrian prescriuir.

La tercera dificultad deste primero punto, en que la parte contraria mas ha insistido pa-

ra su defensa es, dezir, que estamos en materia de contratos, y que assi no puede auer lugar el derecho de acrescer; valdrase para esto de la dotrina de Anto. Gom. tom. 1. variar. cap. 10. n. 1. vbi inquit, quod in contractibus non habet locum ius accrescendi, poniendo por exemplo el caso de la ley si mihi & Titio, ff. de verbor obligat. vbi Consultus inquit in hæc verba: Si mihi & Titio, in cuius potestate non sunt stipulet decem, non tota decem, sed sola quinque mihi debentur: y la razon de decidir la toma, ex l. stipulatio ista, §. alteri, eodem tit. de verbor. obligation. mas esta dificultad al proposito deste pleyto, se excluye con diferẽtes fundamentos. El primero es, pōderar, que el exemplo referido no se ajusta con los terminos deste pleyto. El segundo es ver, que aunque estuuieramos en ellas, es certissimo, que en los casos donde por derecho comun, la estipulacion alteri per alterum, puede tener efeto, lo tiene tambien por necessaria cōsequencia el derecho de acrescer: y assi lo resoluio expressamente Iuan Gutierr. in repeti. leg. vnica, C. quando non petenti part. peten. accresc. num. 31. ex iure ciuili, pone por exemplos al padre respeto del hijo, y al señor respeto del sieruo, item etiam ex iure Pontificio, en el qual regulariter stipulatio alteri per alterum facta valet: y assi por comun opinion de Felin. de Ias. de Alciat. Alexan y otros muchos Doctores, lo resuelue el mesmo Iuan Gutier. vbi sup. num. 32. & sequentib. Tercero se responde, que si conforme a la l. 2. tit. 16. lib. 5. recopil. quæ dessunta fuit, ex l. 3. tit. 8. lib. 3. ordi-

ordinam.iam hodie stipulatio alteri per alterum facta valet, como lo resoluio Rodri.Sua. in l.quoniam in prioribus, q.8. col.4. Couar. lib 1.variar.cap.14.num.13.Gregor.Lop.in l.8. tit.11 part.5 Bien se infiere de aqui, que en tales contratos oy aurâ lugar el derecho de acrescer; assi resolutiuamente lo afirma Iuan Gutier.vbi sup.num.36.y dize, que en expressos terminos lo notô Ripa in l. re coniuncti num.223. y reprueua a Anton. Gom en el lugar referido, el qual aũque sintio esta verdad, y no pudo apartarse della, no lo hizo con la resolucion que deuiera, pues puso algunos exemplos de personas incapaces; de manera, que no dandose tal incapacidad en Ana Freyle y su hermano, para adquirir derecho en la sostitucion, infalible viene a ser el derecho de acrescer por la dotrina del mesmo Ant. Gom. Quarta respuesta es aduertir, que la dotrina precediente se entiende en los contratos lucratiuos: pero todas las vezes que los tales cõtratos consisten en causa onerosa diuidua, vel indiuidua habet locum ius accrescendi: y assi lo aduierte resolutiuamente el mesmo Anton.Gom.d.lib.1.variar.cap.10.nu.3.y pues esta donacion se hizo para efeto de que Maria Freyle se casase, y esta expressamente ex l.17. Taur.appellatur causa onerosa, infalible viene a ser, que en tal donacion se aya de dar derecho de acrescer.

Mas para mayor resolucion deste pũto me parecio põderar vna dotrina insigne de Bald. de quien los modernos que quedã referidos no hazen mencion en manera alguna, y es in

l. si

l.si qua mulier, C.ad S.C.Tertulian. vbi pro casu notabili in n.2.inquit,quod ex illo text. probatur,quod in donatione inter viuos habet locum ius accrescendi,sicuti in fæudis & in priuilegijs Principum.Y para el mesmo intento el Adicionador,in litera .A. pondera otro lugar del mesmo Bald. in cap. 1. §. 1. qui fæud.dar.pos.y porque las palabras que hazẽ a proposito ex d.l.si qua mulier,son euidentemente claras,me parecio no omitillas: & inquit Imperat. *Quem quidẽ semisem si duobus filijs,vel filiabus pluribus ve donauerit, & forte fatali vnus,vel vna seu alius, vel alia ex eisdẽ intestatus, vel intestata obierit semper ad superstites fratres,vel sorores volumus pertinere.*

La quarta y vltima dificultad deste punto, en que los Abogados deste pleyto, en la primera instancia por el Conuento, insistieron, es dezir,que en qualquiera acontecimiento, presupuesto que la disposicion desta donaciõ fue condicional, deuio respeto de la condicion,cessar el derecho de acrescer.y a mi ver, conocidamente quien hizo esta alegacion se equiuoco,o confundio los terminos del derecho de acrescer,cõ los terminos del derecho de transmitir, el qual es certissimo que cessa en la disposicion condicional, quando legatarius, vel fideicommissarius decedit ante implementum conditionis, tunc enim legatũ, vel fideicommissum extinguitur,ex text.expresso in l. intercidit,ff.de condit. & demonstrat.quæ opinio inquit Cardin.Mant. in tracta.de coniect.vltim.volunt.lib.11.tit.20. n.1. quod frequẽtissimo calculo extenditur etiã

ad

ad liberos descendentes, ita vt fideicommissum, vel legatum, non transmittatur quantũuis ab ascendente fuerit relictum : y en este proposito pondera la l. hęredes mei, §. cum ita ff. de vulgar. & pupillar. substitut. y junta muchos Doctores: y al fin del num. 2. entre otras considera por razon de decidir, que esta culpa se puede imputar al testador, quia posuit conditionem, & non fecit dispositionem puram, argum. text. in l. in testament. ff. si quis omis. caus. testam. quam sic inducit Bald. in l. 3. in princ. ff. de legat. 1. Muy al contrario passa en quanto al derecho de acrescer: porque para que pueda tener efeto, respeto de las porciones vacantes, vna de las maneras con que vienen a vacar para dar lugar al derecho de acrescer, es por causa de la disposicion condicional: porque por auer faltado la condicion, respeto del vno de los conjuntos instituydo, o sostituto: texto expresso es en este proposito la l. vnica, §. sin autem aliquid sub conditione, C. de cad. tollend. cuyas palabras, en lo que hazen al proposito, son estas. *Quod si in medio is qui in testamento lucrum sortitus est decedat, vel eo superstite conditio defecerit hoc quod ideo non praualuit manere disponimus simili modo apud eos, á quibus relictum est nisi, & hic, vel substitutus relictum accipiat, vel coniunctus.* Las leyes de partida concordantes, son la l. 7. tit. 4. part. 6. y la l. 21. tit. 9. eadem partitar. alli las glossas de Gregor. Lopez, Sarmiẽto, lib. 2. selectar. cap. 2. num. 13. & sequẽt. Spin. in specul. testam. glos. 14. principali, nu. 5. & 6. Y es tan cierta esta dotrina, que aũque el fidei

comisso sea condicional, si està vnido con el derecho de acrecer, haze que se pueda transmitir: y el exemplo es muy vtil y considerable; veluti quando filij erant instituti, & inuicem substituti sub conditione si decesserint sine liberis, nam ab initio substitutio fideicōmissaria fuit coniuncta cum iure accrescendi, & ideo si is qui prior decesserit relictis liberis adhiberit suam portionem ius accrescē di potuit transmittere, igitur pari ratione trāsmittere, etiam poterit fideicommissum conditionale sibi coniunctum: assi lo resuelue Mant. vbi sup. d. tract. de coniectur. lib. 11. tit. 20. num. 12. per l. si ex pluribus, ff de suis & legitimis hæred. & per text. in l. qui ex duabus in princ. ff. de adquiren hæredit. Y lo mesmo procede en el derecho de sostitucion, la qual de su naturaleza no es transmissible; mas tanta es la fuerça del derecho de acrescer, quod quando coniunctio facta a testatore cōcurrit cum substitutione, haze transmissible la sostitucion, aunque sea fideicomissaria: assi lo resuelue expressamente Menoch. conf. 95. num. 111. & conf. 198. num 25. & conf. 386. num. 31. & in tract. de præsump. lib. 4. præsumpt. 75. n. 20. explicat etiam Anton. Peregri. in tractatu de fideicom. artic. 15. num. 39. & Mantic. vbi sup. dict. num. 11. que estiende esta dotrina, etiam ad pupillarem substitutionem: y todos tres, y cada vno de por si, alegan innumerables Doctores y dotrinas, con que cōprueuan esta conclusion, y omito de referirlos aqui por exonerar este papel; y solo aduierto, que para justificacion deste derecho de acrescer, concurren

en

en el caso presente los quatro requisitos, ponderados por Iuan Gutier. in repetit. legis vnicæ, C. quando non peten. par. peten. accresc. num. 37. & sequentib. El primero es, que los conjuntos en esta sostitucion, auian de suceder en estos quatro cahizes de tierra por vn mesmo derecho: porque si la sucessio huuiera de ser por derechos diferentes, faltara el de acrescer, y lo prueua por vn texto que llama singular in l. sed cum patrono in princip. ff. de bonor. possession. y pone vna dotrina de Alciat. y otros lugares que refiere. Segundo requisito es, que este derecho de acrescer ratione prædictæ substitutionis, se funda en el derecho comun, no especial, ni priuilegiado. Tercero requisito, que la porciõ que se pide, vacó en vida de la donataria, antes de faltar la condicion, de manera que no pudo auer acetacion, y vacó ipso iure, como el mesmo Iuã Gutier. lo aduierte en el quarto y vltimo requisito, num. 40. ita vt neque ciuiliter, neque naturaliter portio illa debebatur.

Con los quales fundamentos, salua la dignissima correccion, queda bastantemente el primero punto deste papel resuelto, para justificacion de la sentencia de vista, respeto de los quatro cahizes de tierra de la donacion.

Segundo punto.

EN Quanto al segundo punto deste papel, que es fundar tambien la justificacion de la sentencia de vista, que man-

dô

dô dar la mitad del otro cahiz de tierra a la parte de doña Ana Freyle y su marido, se aduierte, que todo el fundamento de la pretension del Conuento en esta parte, viene a parar en dezir, que por mas tiempo de veinte años Maria Freyle posseyô enteramente el cahiz de tierra, y que assi pudo disponer del enteramente, alegando para esto la presuncion de diuision que los Doctores ponderan de la l. penultim. y alli la glossa, communi diuidūd. quia aliâs cum diuisio consistat in facto, no se podia dar presuncion, imo potius præsumēdum erat fratres possedisse gratia commodioris vsus quam diuisionis, explicat Tiraquel. in tractat. præscription glos. 4. pero la limitacion es, quando per decem, vel viginti annos res possideatur inter præsentes, vel absentes, nam tunc ex diuturnitate temporis diuisio præsumitur, en cuyo proposito muchos Doctores antiguos y modernos corroboraron esta dotrina, especialmente Alexand. cons. 92. lib. 2. Bald. & Angel. in l. si certis annis, C. de pact. Rip. in cap. sæpê, num. 2. in fin de restitut. spoliat. llamôla comun Paul. de Castr. cons. 126. lib. 2. siguiola tambien Boer. decis. 58. y Balb. in tract. de præscription. quæst. 10. num. 39. a los quales y a otros muchos idem tenentes refieren y siguen Iacob. Menoch. in tract. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 60. num. 3. Mascard. in tractat. de probation. conc. 527. num. 2. Mas porque la limitacion desta dotrina es en que consiste la defensa de doña Ana Freyle y su marido, aduierto, que estos mesmos Doctores por comun opinion, y casi sin contradicion,

cion, dizen y afirman, que para auerse de estar a semejante presuncion, es necessario que las personas a quien tocaua el derecho de diuision, posseyessen cada vno parte de la hazienda, que aliàs era diuisible, de tal manera, que no bastaria posseer vnos menos q̃ otros, imo, que las partes de hazienda, que assi huuiessen de posseer, deuen ser iguales, y en otra manera, el que possee las cosas partibles, tiene obligacion de restituyr la parte que puede tocar a su coheredero con frutos; y assi se le deuieran mandar restituyr a doña Ana Freyle y su marido, desde el dia de la muerte de Francisco Freyle de Benjumea vsufrutuario, pues no constô, que de la herencia de Maria Gonçalez huuiessen quedado otros bienes partibles, mas que el cahiz de tierra sobre que es este pleyto, no obstante que en el testamento ella aduierte, que dexaua la tercia parte de vna casa, porque dessa hizo legado en propiedad a su mesmo hermano.

Tercero punto.

EN Quanto al tercero y vltimo de los puntos, en que està diuidido este papel, conforme a la resolucion precedente, viene a tener agrauio conocido doña Ana Freyle y su marido, en auerse mandado por la sentencia de vista, que la redencion se haga del precio de cahiz de tierra, por dos fundamentos. El primero es, porque sobre el derecho desta redencion, no parece en este pleyto

que se aya hecho pedimiento, ni aun alegacion alguna, atque ex inde videtur, quod plus fuit iudicatum quam petitum, y que aya determinacion super quo lis contestata non fuit, y de vno y otro resulta nulidad conocida, vt ex Socin. consf.145. lib.2. & Ruino, consf.62.num.30.lib.3.explicat Osasch. Cacheran.decis.Pedemont.142.num.21. & tradit Iacob.Menoch. consf.345. num. 32. & consf. 509. num.15. El segundo fundamento es, porque el hazer semejante redenciõ, deue correr por quenta de los herederos de quien hizo la imposicion, o por qualquiera dellos, conforme a la dotrina de Tiraquelo, in tract. de retractu conuentionali, §,1.glos.6. per totam, fundado en vn consejo de Paulo de Castro 211. lib. 1. y en otro lugar de Iason, in l. stipulationes non diuiduntur, de verborum obligationibus. y en otro lugar de Boerio, decis.251. quos refert & sequitur Velazquez de Auendaño, in tractatu de censibus, cap.106. num.5. Y no podrâ obstar dezir, que Maria Freyle dispuso, que el dicho censo se redimiesse conel precio del dicho cahiz de tierra, porque no pudo prejudicar a la mitad del que assi pertenecio a doña Ana Freyle, iuxta vulgatam iuris regulã quæ communiter deducitur ex lege ab eo, C. de fideicommis. secundum Menoch. consf 347. num.38. nempê; quam non honoro grauare non possunt. Y assi, pues al Conuento, demas de la mitad deste cahiz de tierra; le pertenecen tambien otros muchos bienes, expressados en la clausula inserta en el tercero presupuesto del hecho, exceto los de la donacion

y mitad

y mitad deſte cahiz de tierra; bien ſe infiere, que de ſu parte ſe deue hazer la redencion, auiendoſe de juzgar della Y aſsi ſe confia ſaldrâ la determinacion, Salua in omnibus D. V. C. &c.